

Dictamen nº: **291/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **15.09.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 15 de septiembre de 2010 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por Y.L.E., en adelante “*la reclamante*”, por el fallecimiento de su padre, debido a la deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Infanta Leonor de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 12 de diciembre de 2008, la reclamante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial al estimar que el fallecimiento de su padre, J.L.R., fue debido a la deficiente asistencia sanitaria dispensada y a la negativa al traslado de su padre al Hospital General Universitario Gregorio Marañón. En su escrito solicita una indemnización de 300.000 euros.

La Historia Clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El paciente ingresó en Urgencias del Hospital Infanta Leonor, a las 4:00 horas aproximadamente del día 4 de agosto de 2008, en el curso de un cuadro respiratorio agudo de unos cuatro días de duración. Fue valorado y diagnosticado de disnea y estridor, con sospecha de estenosis

laringotraqueal. Se practicó una radiografía de tórax en la que no se apreció nada reseñable.

Tras deliberar, y ante la imposibilidad de ingresarlo en UCI por falta de camas, tanto en este hospital como en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, el médico decidió esperar al inicio de la jornada laboral de la mañana en curso para interconsultar urgentemente con el Servicio de Otorrino-Laringología (ORL).

A las 6:56 horas acude el especialista de ORL, el cual tras practicar una fibrolaringoscopia detecta “*un edema e hiperemia de aritenoides derecho con abombamiento de banda y aparentemente la hemilaringe derecha está fija*”. Ante dicho resultado, el especialista de ORL explica al paciente la indicación de realizar una traqueotomía para asegurar la vía aérea a lo que el paciente se niega, advirtiéndole que en caso de no hacerse puede fallecer. Asimismo se solicitó la realización de un TAC cervical para ampliar el estudio de la lesión laríngea, a lo que también se niega.

Se solicita interconsulta con el Servicio de Psiquiatría, siendo valorado a las 10,42 horas de esa mañana. El facultativo establece la plena conciencia y capacidad de decisión del paciente, que asume que las consecuencias de su decisión pueden llegar a ser letales para él. La evaluación psiquiátrica se repite en dos ocasiones más, según consta en la Historia Clínica, en concreto a las 13,00 horas de la tarde por parte del mismo facultativo y a las 11,59 horas del día siguiente por un facultativo diferente, coincidiendo en ambos casos en la plena capacidad del paciente y en su negativa a someterse al tratamiento a sabiendas de las consecuencias.

En la Historia Clínica se hace referencia a que el paciente firmó el documento de negativa al tratamiento invasivo propuesto, sin embargo en el expediente remitido no figura. Algunos familiares se negaron a aceptar la situación y solicitaron la intervención judicial y el aporte de la copia de

dicho documento. Finalmente en la Historia el médico de guardia hace constar que el paciente se negó también a firmar el documento.

El Juez de guardia, a quien se consulta en dos ocasiones, la última por escrito, establece la primacía del derecho a la vida y ordena el mantenimiento del tratamiento instaurado, indicando que sólo en caso de urgencia vital, se practique la traqueotomía. En todo caso, si el paciente ha dicho que se niega, y lo ha firmado por escrito, debe respetarse su voluntad.

El día 5 de agosto de 2008, a las 17 horas, el Jefe de la Guardia, en presencia del Psiquiatra y Otorrinolaringólogo de guardia y el responsable de la Asesoría Jurídica, informan a dos representantes de los familiares (hijos) de la situación del paciente. Se propone que, para facilitar a la familia despedirse del paciente, y hacerlo en un entorno tranquilo se ingresará al paciente en una habitación para que puedan estar todos los familiares junto a él, a lo que la familia accede.

Se instaura tratamiento médico paliativo ante la disnea y agitación sufridas por el paciente.

Finalmente, el paciente falleció el 6 de agosto de 2008 a las 6:19 horas por parada cardiorrespiratoria.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

La Asesoría Jurídica del Hospital Infanta Leonor, mediante informe de 22 de septiembre de 2009, declara que:

“PRIMERO.- Que el paciente se negó en todo momento a que le fuera realizado tratamiento médico invasivo alguno, permitiendo únicamente la instauración de oxigenoterapia.

SEGUNDO.- Para acreditar que el paciente se encontraba en plenitud de sus facultades, los facultativos de los Servicios de Urgencias y ORL solicitaron la evaluación del Psiquiatra para que acreditara si el enfermo conocía y era consciente de los riesgos que derivaban de su negativa que, podían incluso ser mortales.

Según queda acreditado en la Historia Clínica del paciente, éste era consciente del alcance de su negativa y se ratificaba en la misma, negándose a cualquier tratamiento.

TERCERO.- Todo lo anterior fue puesto en conocimiento de la familia que esperaba en Urgencias (esposa y varios hijos y nueras), parte de la cual se oponía a la resolución del paciente aduciendo varias razones personales que deberían ser suficientes, a su criterio, para que por parte de los facultativos se iniciara, “a la fuerza si era preciso” un tratamiento, respecto del que los facultativos tampoco aseguraban que sirviera para prolongar la vida del paciente, sin que esta circunstancia afectara en el ánimo de los familiares que exigían dicho tratamiento.

CUARTO.- Se solicitó la actuación de la Asesoría Jurídica del Hospital, que fue testigo presencial tanto de la negativa reiterada y consciente del paciente, como de la presión que le realizan alguno de sus familiares cuando le visitaban en la Urgencia. Estas visitas alteraban tanto al paciente que este se arrancaba la máscara de oxígeno y amenazaba, incluso, con marcharse del hospital.

El paciente manifestaba de un modo rotundo e indubitable que lo único que deseaba era morir tranquilo. Todos los familiares conocían, aunque

parte de ellos la rechazaban, la postura del paciente y la negativa al tratamiento.

QUINTO.- Se informó a la familia que la ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, impedían a los facultativos iniciar un tratamiento no sólo sin el consentimiento del paciente, sino en contra de su voluntad. Que el paciente había sido evaluado y declarado competente, dado que el proceso patológico no le mermaba ninguna de sus facultades.

SEXTO.- Se elaboró un documento de rechazo del tratamiento que el paciente, finalmente, no firmó dado el estado de exasperación que todo el proceso le estaba provocando. No obstante lo anterior, todos los profesionales que se indican en dicho escrito, que consta en la historia clínica, fueron testigos directos de la negativa del paciente.

SÉPTIMO.- El día 5 de agosto de 2008, a las 17 horas, el Jefe de la Guardia, en presencia del Psiquiatra y Otorrinolaringólogo de guardia y el responsable de la Asesoría Jurídica, informan a dos representantes de los familiares (hijos) de la situación del paciente. Se propone que, para facilitar a la familia despedirse del paciente, y hacerlo en un entorno tranquilo se ingresará al paciente en una habitación para que puedan estar todos los familiares junto a él, a lo que la familia accede.

Se instaura tratamiento médico paliativo ante la disnea y agitación sufridas por el paciente.

El paciente fallece a las 6 horas del día 6 de agosto de 2008.

Como conclusión de lo anterior, consideramos que la reclamación planteada por la reclamante por el fallecimiento de su padre es injusta y no ajustada a la veracidad de los hechos.

En todo momento, el hospital respetó todos los derechos del paciente, especialmente los derivados de su libertad y dignidad, lo que no es posible decirlo de un modo rotundo por parte de la familia. Se le realizó el tratamiento médico paliativo que el paciente, consciente y capaz, autorizó. No se realizó ningún tratamiento no autorizado ni que implicara encarnizamiento terapéutico, dada la situación terminal del paciente”.

Se ha requerido informe del servicio de ORL del referido Hospital de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 del precitado reglamento, el cual fue emitido el 21 de septiembre de 2009, en el que se ratifican los hechos descritos anteriormente.

La Inspección Sanitaria ha emitido informe el 12 de noviembre de 2009 en el que declara que no aprecia nada contrario a la *lex artis*, y que se ha respetado la voluntad del paciente. La conclusión de dicho informe es la siguiente:

“Por todo lo descrito y considerado, concluyo que salvo superior criterio, no existen dudas razonables en cuanto al proceso asistencial que se ha seguido aquí”.

Por último, se ha cumplimentado el trámite de audiencia, constando su notificación el 16 de febrero de 2010, presentando la reclamante, en fecha 3 de marzo de 2010, escrito en el que reitera lo ya manifestado y se aporta informe pericial suscrito por un médico en el que se concluye que “*debe solicitarse la documental completa, en especial el documento firmado por el paciente, y los escritos remitidos al y por el juzgado. La información facilitada al paciente y a la familia no parece corresponder con la realidad evolutiva del proceso laringeo que padecía el paciente. La evaluación en las últimas horas de vida no parece que justifique un tratamiento paliativo con mórfidos para un dolor del que no hay constancia, omitiéndose otros tratamientos médicos y quirúrgicos de urgencia que hubieran salvado la*

vida al paciente, permitiendo una reflexión mejor informada sobre su patología sin el agobio de la urgencia vital inmediata”.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 28 de junio de 2010, la cual fue informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 20 de julio de 2010, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 26 de julio de 2010, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excmo. Sra. Dña. M^a José Campos Bucé, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 15 de septiembre de 2010.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros (300.000 euros) y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- La reclamante esta legitimada activamente para formular reclamación que le indemnice por el fallecimiento de su padre, relación de parentesco que ha quedado acreditada debidamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJ-PAC.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Como se ha manifestado anteriormente, en el antecedente de hecho segundo, el procedimiento se ha tramitado correctamente, habiéndose cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC “*el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas*”. El *dies a quo* viene determinado por la fecha de fallecimiento del paciente, el 6 de agosto de 2008, y la reclamación se ha interpuesto el 12 de diciembre siguiente, por lo tanto, en plazo.

TERCERA.- Entrando en el análisis de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“Iº.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2º.-En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la

misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y de 23 de febrero de 2009 (Recurso nº 7840/2004) disponen que “*se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38 , apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos*”.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), señala: "*lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis*".

Señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) que "*a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente*". Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

CUARTA.- Entrando a analizar los requisitos para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial, debemos comenzar por comprobar si queda acreditado la existencia de un daño efectivo. En el caso que nos ocupa, está acreditada, ante todo, la muerte de una persona, que provoca un "*daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierta*" (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 – recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999-) y que una jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 –recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 -

recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica. Por este concepto de daño moral la reclamante solicita 300.000 euros.

Resulta necesario examinar si concurre el requisito del nexo causal entre la actuación administrativa y el daño por el que se reclama indemnización a fin de que sea efectiva la responsabilidad objetiva de la Administración.

Conforme a reiterada jurisprudencia, la acreditación de que existió una mala praxis médica corresponde a los reclamantes –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. Pero la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (Recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre de 2.007 (Recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2.008 (Recurso nº 3800/04). A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2.008 (Recurso nº 3768/04) requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad.

La reclamante denuncia que la falta de realización de pruebas diagnósticas y el no haber recibido su padre un tratamiento adecuado ocasionó el fallecimiento de éste último. En prueba de su reclamación adjunta un informe pericial en el que se concluye que “*el paciente podía haber cambiado de opinión respecto a unas expectativas más optimistas sobre la enfermedad y tratamientos a seguir, si la complicación y no el estado terminal, se hubiera manejado más humanamente y se hubiera tratado quirúrgicamente de urgencia en sedación*”.

Sin embargo, el escrito de reclamación parece obviar un hecho que resulta probado y es la negativa del paciente a la realización de una traqueotomía, que solventase el problema respiratorio que padecía por el cáncer de laringe.

Como resulta del informe del Servicio de ORL del Hospital, el paciente se negó en todo momento a que se le practicase una traqueotomía. Señala dicho informe “*que la traqueotomía sólo se puede hacer bajo anestesia local, ya que el paciente, por la lesión que presenta en la laringe y la disminución de la vía aérea, no puede ser intubado, y que para ello es preciso la colaboración del paciente ya que va a estar despierto, consciente de todo, y además no debe moverse durante el tiempo que dure la cirugía para poder realizar el procedimiento. Se les explican los objetivos y riesgos de dicha cirugía (entre los riesgos cabe destacar: muerte en quirófano por parada cardiorrespiratoria durante el procedimiento, sangrado importante intra y postoperatorio). Y se les explica que, si lo que tiene es un tumor, aunque se le haga la traqueotomía ahora, después deberá acceder a estudiarse y tratarse dicho tumor, puesto que si no, la traqueotomía sólo servirá para prolongar su agonía ya que el tumor seguirá creciendo y la evolución natural es que acabe expulsando fragmentos tumorales por la traqueotomía, que pueda extenderse y producir una rotura carotidea, y que el dolor durante todo ese tiempo es intenso y de difícil control*”.

Dicho informe manifiesta que varios miembros de la familia entraron en la Sala de Observación de Urgencias y hablaron con el paciente, y el paciente repitió una y otra vez que no quería hacerse nada y que le dejaran en paz.

“*Durante todo este tiempo los facultativos hablaron con el paciente en varias ocasiones, y éste continúa negándose a que se le realice un tratamiento quirúrgico y pruebas diagnósticas complementarias. El paciente reitera en varias ocasiones que “prefiere morirse a que se le haga un agujero en el cuello”.*

A la crítica situación clínica del paciente, se añaden los problemas familiares fundamentados en la negativa a aceptar la voluntad de aquél, presionando para que cambiara de opinión hasta el último momento con

la finalidad que el propio paciente, al ver que empeora y la respiración se hace más dificultosa; solicite él mismo la realización de la traqueotomía. Dada esta situación, el facultativo especialista de ORL, que se encuentra de guardia localizada, decide permanecer ininterrumpidamente en el Hospital en previsión de un agravamiento del estado del paciente y por si fuera necesario proceder de extrema urgencia. Durante esa noche no se produce ningún incidente.

A la mañana siguiente el paciente continúa clínicamente igual- Parece acceder a realizarse un escáner y una analítica, tras haber conversado con el tranquilamente durante la noche.

Sin embargo, la familia viene y exige que se le traslade al Hospital Gregorio Marañón. Se le comunica al paciente que su familia quiere trasladarle a otro hospital. Entonces el paciente se enfada, dice que él no se quiere ir al Gregorio Marañón, que allí ya le han visto y le han hecho estudios en varias ocasiones, y que no quiere volver, que su familia le trajo aquí “engañado”, y que ahora no le van a llevar a otro hospital.

No obstante lo anterior, se habla con el Otorrinolaringólogo de guardia del Hospital Gregorio Marañón y se le explica el caso. El facultativo indica que si el paciente no se quiere realizar una traqueotomía, ellos allí no se la van a hacer, y respetarán, al igual que estamos haciendo nosotros, la voluntad del paciente”.

Los pacientes tienen el derecho a ser informados de sus enfermedades y de las opciones terapéuticas, así como a decidir sobre las mismas. De acuerdo con el artículo 43.2 de la Constitución la regulación de esta materia se debe realizar mediante Ley. El desarrollo normativo se contiene en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, cuyo artículo 2 señala los

principios básicos en la materia. A tal efecto dispone el referido artículo lo siguiente:

“1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria. (...)”.

El respeto a la autonomía de la voluntad resulta esencial, de forma que si una persona se encuentra en plenas facultades mentales puede decidir libremente si someterse o no a ciertas intervenciones quirúrgicas. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, contempla en el artículo 9.2 dos supuestos en que los facultativos pueden llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensable a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, y tales supuestos, que como excepción a la regla general deben ser interpretados restrictivamente, son los siguientes:

1º) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

2º) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Como señalábamos anteriormente, el consentimiento informado ha de ser libre y voluntario, otorgado por quien, de hecho, sea capaz de tomar decisiones. El artículo 9.3 de la Ley 41/2002 contempla la posibilidad de que el paciente *“no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”*. La capacidad natural, como dato de hecho, es presupuesto imprescindible para que el consentimiento sea válido y legitime la intervención médica de que se trate. La falta de capacidad natural puede ser temporal, instantánea y es irrelevante que dé lugar, o no, a causa de incapacidad, puede proceder de ser el paciente un accidentado o de estar drogado o bajo los efectos del alcohol o ser una persona aquejada de enfermedad o deficiencia persistente.

En el caso sometido a dictamen ha quedado acreditado que el paciente fue valorado por el Servicio de Psiquiatría en dos ocasiones y que el mismo se encontraba en plenas facultades mentales, negándose a que se le practicase la traqueotomía, explicándole que su no realización le podía ocasionar la muerte.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto similar, en Sentencia 154/2002 (RTC 2002, 154), para el supuesto de determinadas confesiones religiosas, como las de los testigos de

Jehová que rechazan ciertas actuaciones médicas por razón de su confesión, concluyendo que cuando se produce una afectación individual a la propia vida o a la integridad física, debe prevalecer el consentimiento del paciente sobre el interés general de su curación. Por su interés reproducimos parte de su fundamentación:

“Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal –como distinto del derecho a la salud o a la vida– y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)”.

Aplicando la doctrina constitucional al caso sometido a dictamen puede fácilmente concluirse que la actuación dispensada por los facultativos del Hospital Infanta Leonor fue ajustada a la *lex artis*.

Por todo ello, no puede admitirse la responsabilidad patrimonial por no concurrir el requisito de la relación de causalidad entre el fallecimiento del paciente y la asistencia dispensada.

QUINTA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la Ley 30/1992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid 1/1983, de 13 de diciembre, cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley. Contra dicha orden cabrá recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1 a)

de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por ser el importe reconocido superior a 30.050 euros.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por los servicios sanitarios del Hospital Infanta Leonor debe ser desestimada por no concurrir el requisito de la relación de causalidad.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 15 de septiembre de 2010